

**지상파 재송신 관련 쟁점과  
제도개선론에 대한 법적 고찰**

**고민수(법학박사, 강릉원주대학교 법학과 교수)**



# 지상파 재송신 관련 쟁점과 제도개선론에 대한 법적 고찰\*

고민수(법학박사, 강릉원주대학교 법학과 교수)

## 1. 들어가는 말

지난 2009년 11월, 한국방송공사, 문화방송, 에스비에스 등 지상파방송사업자(이하 ‘원고’라 한다)들은 같은 해 12월 18일 이후 서울지역 5개 종합유선방송사업자(이하 ‘피고’라 한다)들이 제공하는 상품 가입자들에게 디지털지상파방송신호를 동시재송신하는 행위를 정지해달라는 내용 등의 민사소송(이하 ‘이 사건’이라 한다)을 제기하였다.<sup>1)</sup>

선고기일을 한 차례 연기해 가며 신중함을 기하던 법원이 드디어 지난 2010년 9월 8일 판결을 내놓았다. 원고의 청구취지 가운데 원고의 ‘동시중계방송권’ 침해 주장은 인용하였으나, 개별 프로그램에 대한 ‘공중송신권’ 침해 주장은 각하하였다. 원고 일부승소였다.

피고는 불복의사를 밝히고 지난 10월 4일 항소하였다. 다시 한 번 법원의 판단이 예정되어 있다. 법원의 판단을 기다려 볼 일이다. 그렇지만 여기에서 검토가 요구되는 까닭은 판결의 의미에 대해 다양한 해석이 쏟아져 나오고 있어 혼란을 주고 있다는 점 때문이다.

아래에서는 우선 이번 법적 다툼에서의 주요쟁점에 관한 법원 판단의 의의에 대해 개괄적으로 정리함으로써 판결의 의미에 대한 해석상의 혼란을 해소하고, 다음으로는 시청자들의 불안감 내지 불만의 직접적인 원인이라고 할 수 있는 지상파방송의 난시청 문제 해결의 책임은 누구에게 있는지 그리고 난시청 해소의 범위와 대상은 어디까지인지를 헌법이론에 기초하여 살펴보고자 한다. 또한, 현재 “뜨거운 감자”로 떠오르고 있는 재송신제도 개선방안에 관해 헌법해석론과 입법정책의 관점에

---

\* 이 발제문은 지난 9월 16일 한국여성민우회 미디어운동본부 주최 토론회와 지난 10월 14일 한국언론법학회 10월 학술토론회에서 발표한 발제문을 수정·보완한 것이다.

1) 서울중앙지법 2009가합132731

서 문제점을 정리하고 대안적 관점을 제시하고자 한다.

## 2. 주요 쟁점과 법원 판결의 의의

이 사건에서의 핵심 쟁점은 원고가 침해된 권리로 주장하고 있는 「저작권법」상 ‘공중송신권’ 또는 ‘동시중계방송권’이 과연 원고에게 존재하는지 권리존부에 관한 확인에 있다고 하겠다. 권리가 존재하여야 침해여부를 다룰 수 있는 까닭이다.

원고가 청구한 간접강제는 이 사건에서 다툼이 되고 있는 권리인 ‘공중송신권’ 또는 ‘동시중계방송권’이 원고에게 있고, 이에 대한 침해가 있었다고 받아들여질 경우 그와 같은 권리침해의 중지 및 예방을 명하는 재판이 성립될 수 있기 때문에 핵심 쟁점이라고 보기에 어렵다. 다만, 이 사건 판결에서 법원이 밝힌 간접강제의 기각사유는 문제해결의 책임이 누구에게 있는지를 밝히는 데 있어 그 의의를 찾을 수 있다고 하겠다.

### 1) 공중송신권의 존부확인 및 침해여부

앞서 살펴본 바와 같이 법원은 원고가 제기한 피고의 ‘공중송신권’ 침해 주장에 대하여 ‘각하’하였다. 원고가 ‘공중송신권’을 주장하는 프로그램 가운데는 외주제작 프로그램과 같이 저작권 자체가 아닌 이용권만을 취득한 프로그램도 있고, 뉴스 프로그램과 같이 원고가 저작권자에게 인정되는 ‘공중송신권’을 주장할 수 없는 프로그램이 있는 만큼 권리의 대상이 되는 프로그램을 특정하여야 함에도 이를 특정하지 않았기 때문에 원고는 피고가 원고의 저작권인 ‘공중송신권’을 침해하였다는 이유로 재송신의 중단을 주장할 수 없다는 것이 각하 판결의 이유였다.<sup>2)</sup>

여기서 중요한 점은 소송법상 ‘각하’가 갖는 의미이다. 각하란 소송법상 소송에서 소송요건을 구비하지 않았든가, 상소가 그 요건을 구비하지 아니하였을 때, 소 또는 상소를 부적법한 것으로 하여 본안의 재판을 하지 않고 소송을 종료시키는 것이다. 다툼이 되는 사실에 대한 판단에 기초해 소송의 청구가 이유 없다든지 상소에 의한 불복의 이유가 없다고 하여 배척하는 기각과 구별되는 판결의 종류이다. 따라

---

2) 법원은 뉴스 프로그램의 경우 원고의 저작권을 부인하였으나, 이에 대해서는 저작권법 제26조 내지 제27조의 해석과 관련해 다른 해석 내지 판단이 가능하다고 하겠다.

서 법원이 원고의 ‘공중송신권’ 침해주장을 각하하였다는 것만으로 원고가 해당 프로그램 전체에 대해 ‘공중송신권’을 갖지 않는다고 볼 수는 없다.

만약, 원고가 ‘공중송신권’의 대상이 되는 프로그램을 특정하고, 이에 더 잡아 ‘공중송신권’ 침해를 이유로 재송신 중단을 요구한다는 취지의 소를 제기한다면 법원이 이를 인용할 것으로 보는데 무리가 없다고 하겠다. 원고가 직접 제작하거나 타인으로부터 저작권을 취득한 방송 프로그램에 대해서는 저작권을 행사할 수 있고, 이 경우 당연히 ‘공중송신권’을 갖는다고 법원이 이미 이 사건 판결에서 그 입장을 분명히 밝히고 있는 까닭이다.

## 2) 동시중계방송권의 존부확인과 침해여부

피고는 자신의 행위가 수신보조행위로서 난시청해소에 기여해왔기 때문에 동시중계방송권의 이용허락과 그에 대한 대가지급을 절대 할 수 없다는 주장하였다.<sup>3)</sup> 법원은 「저작권법」상 ‘동시중계방송권’이 방송의 송신에 관한 권리라고 판단하였다. 때문에, 피고의 행위가 시청자의 수신행위를 단순히 도와주는 정도의 행위인 경우는 피고의 주장과 같이 수신행위에 해당하므로 원고의 ‘동시중계방송권’에 대한 침해가 발생하지 않는다. 하지만, 피고의 주장과 달리 그 행위가 수신보조행위를 뛰어 넘어 독자적인 방송행위 즉, 송신행위에 해당한다면 이는 원고의 ‘동시중계방송권’을 침해하는 것이라는 논리적 추론이 성립된다.

법원 역시 이와 같은 법적 추론의 틀에 기초해 피고의 행위를 수신설비 등의 관리 형태, 영업행위여부, 방송신호의 변경정도라는 요소에 기초해 검토하였고, 그 결과 피고의 행위가 수신보조행위 정도를 넘는 독자적인 방송행위 즉, 송신행위에 속하는 것으로 판단하였다. 결국, 피고가 원고의 동의 내지 이용허락 없이 원고의 방송신호를 재송신하는 행위는 원고의 ‘동시중계방송권’을 침해하는 것이라는 결론을 제시하였다.

## 3) 누가 협상에 적극적으로 임해야 하는가?

이 사건에서 법원은 피고의 행위가 원고의 ‘동시중계방송권’을 침해하였으며, 이를 중지하고 또 앞으로 이 같은 침해행위가 발생하지 않도록 하여야 한다는 부작위

3) 피고인 종합유선방송사업자들은 판결이후에도 같은 입장을 되풀이 하고 있다. 예컨대, 인터넷 동아일보, [http://news.donga.com/site/data/html\\_dir/2010/10/07/2010107/31675254/1.html](http://news.donga.com/site/data/html_dir/2010/10/07/2010107/31675254/1.html).

명령을 하였다. 그런데, 판결 이후 피고의 대응방향과 관련해 주목해야 할 대목이 있다. 바로 간접강제 청구에 대한 ‘기각사유’이다.<sup>4)</sup> 왜냐하면, 기각사유에서 향후 누가 협상에 적극적으로 나서야 하는지가 명확히 드러나기 때문이다.

법원이 밝힌 기각사유는 다음과 같다. 원고의 간접강제청구에 대해 집행권원 즉, 침해되는 권리-여기서는 동시중계방송권-가 있다고 인정한다고 하더라도, 피고가 침해중지와 예방이라는 부작위명령을 단기간 내에 위반할 개연성이 있고 또한, 그 판결절차에서 적정한 배상액을 산정할 수 있어야 원고의 간접강제청구를 인용할 것인데, 이 사건에서는 이와 같은 간접강제청구를 인용할 요건이 갖추어지지 않았다고 보았다고 판단해 기각결정을 했다. 왜냐하면, 피고 스스로 공익적 지위를 강조하고 있다는 점에서 부작위명령을 위반할 개연성이 없다고 본 까닭이다. 요컨대, 피고가 시청자들의 시청권 보호를 위해 원고와 “즉시” 원만한 해결방안을 모색할 것이라고 보았기 때문에 간접강제청구를 기각했다는 것이다.

이와 같은 기각사유에서 비추어 본다면 ‘동시중계방송권’ 이용허락과 관련해 적극적·능동적으로 협의에 나서야 할 측은 피고인 종합유선방송사업자이며, 이 사건 판결이후 일부 신문보도를 통해 제기되고 있는 것과 같이 1500만 명의 종합유선방송 가입자가 지상파방송을 못 보게 되거나 위성방송 등 다른 유료방송으로 옮겨 가야하는 불편이 초래된다면 그 사회적 비용발생의 책임과 함께 비난의 책임은 그 누구도 아닌 피고인 종합유선방송사업자에게 있다고 보는 것이 법원 판결에 합치된다고 하겠다.

#### 4) 판결의 의의

이 사건에서 법원은 피고의 행위가 원고의 ‘동시중계방송권’을 침해하였으며, 이 같은 침해행위를 중지할 것을 명령하였다. 때문에 이 사건 판결을 ‘지상파방송 재송신 금지 판결’이라고 평가하는 것은 정확하지 못하며, ‘동시중계방송권 침해 중지 판결’이라고 평가하는 것이 이 사건 판결의 의의를 정확히 반영하는 올바른 평가라고 할 것이다. 지상파방송 재송신이 금지되는 것은 피고의 행위가 동시중계방송권

4) 간접강제란 채무자가 채무를 이행하지 않는 경우에 법원이 일정한 기간 내에 이행하지 않을 때, 손해배상을 지급할 것을 명함으로써 채무자를 심리적으로 강제하여 이행시키는 집행방법을 뜻한다. 이러한 집행수단으로서 간접강제는 불대체적 급부에 관해서만 허용되나, 채무자가 이행의 의사를 가지더라도 사실상 불능인 채무에 관해서는 허용되지 않는다. 결국, 간접강제는 채무자의 의사에만 매이는 급부에 관해서만 인정된다. 결국, 이 사건에서 피고의 재송신 중지 및 예방행위는 채무자의 의사에만 매이는 급부라는 성격이 긍정된다 점이 명확해 진다.

을 침해하는 행위이기 때문에 그 법적 효과로서 의미를 갖는 것이고, 법원이 판결 이유에서 밝히고 있는 바와 같이 피고가 동시중계방송권에 대한 원고의 이용허락을 받는다면 재송신을 금지할 까닭이 없기 때문이다.

그렇다면, 판결 이후 피고가 지상파방송을 계속해서 동시중계하면서 광고만 중단하겠다는 입장을 밝힌 것은 원고의 동시중계방송권을 침해하는 위법행위를 계속하겠다는 선언을 공개적으로 한 것이라고 할 것이며, 이는 어떠한 이유로도 정당화될 수 없는 것이다. 그럼에도 이 같은 위법적 상황에 대해 “피고측의 행태를 ‘생떼 부리기’라고 단정할 수 없다”거나, “패소한 쪽이 판결대로 이행하겠다는데 승소한 쪽과 정부가 나서서 달래는 이상한 형국”으로 평가하는 것은 사실관계의 진위여부에 대한 검증을 차치하고서라도 명백한 위법행위를 옹호하고자 하는 논리라는 점에서 납득하기 어렵다.<sup>5)</sup>

### 3. 재송신제도 개선 논의와 입법론적 고찰

이 사건을 계기로 방송통신위원회는 물론 언론학계에서도 재송신제도에 대한 개선이 필요하다는 논의가 수면 위로 떠오르고 있다. 현재 전개되고 있는 재송신제도 개선론은 ‘보편적 시청권 보장’과 ‘방송시장의 유효경쟁 환경 조성’이라는 두 개의 논리형식에 기초하고 있다. 이하에서는 입법론적 관점에서 현재 논의되고 있는 재송신제도 개선방안들의 입론의 기초가 되고 있는 ‘보편적 시청권보장’ 등의 내용과 그에 대한 몇 가지 의문점들을 제기한다. 그리고 이에 기초해 현재 재송신제도의 개선안으로 제시되고 있는 방안들에 대해 비판적으로 분석해 보고자 한다.

#### 1) 재송신제도 개선 입론의 전제와 몇 가지 의문들

##### (1) 방송법상 '보편적 시청권' 개념의 규범형식과 문제점

지난 2006년 「방송법」 개정을 통해 도입된 ‘보편적 시청권’ 개념은 일반 국민의 정보획득 내지 정보접근의 기회 확대에 기여할 것이라는 기대 때문에 폭넓은 지지와 공감을 얻고 있다. 또한, 추상적인 개념형식으로서 어느 정도 설득력을 가질

5) 이와 같은 견해로는 남형두, “저작권 상생의 본보기 만드는 계기가 되길”, 「저작권 문화」, 2010년 11월 호(한국저작권위원회, 2010), 18면.

수 있다고 보인다. 하지만, 시청자의 헌법적 지위가 ‘정보의 자유’의 주체임을 부정할 수 없다는 점에 기초한다면,<sup>6)7)</sup> ‘정보의 자유’의 내용으로부터 시청자가 일정한 범위의 정보에 대하여 시청할 수 있는 주관적 권리를 갖는다는 것을 의미하는 ‘보편적 시청권’을 도출하고자 한 입법적 시도는 ‘정보의 자유’라는 기본권의 보호영역을 유월하는 것으로 문제가 있다고 하겠다. 왜냐하면, ‘정보의 자유’로부터 구체적 급부에 대한 확정적인 법적 지위와 소구가능성(訴求可能性) 보장을 내용으로 하는 주관적 공권을 도출하고자 하는 ‘주관주의적 규범형식’은 납득하기 어려운 까닭이며, 우리 「방송법」상 ‘보편적 시청권’이 ‘소구가능성’을 그 내용으로 보장하지 못하고 있는 것도 바로 이와 같은 이유에서라고 하겠다.

그렇다고, 이른바 ‘국민적 관심사항’에 대해 보다 많은 시청자의 접근이 보장되는 것이 바람직하지 않다는 것은 아니다. 그렇다면, 이를 규범화하고자 할 때 어떠한 규범형식이 고려될 수 있는가? 바로 ‘객관주의 규범형식’이다. 이는 ‘보편적 시청권’ 입법화 과정에서 그 논의의 출발점이 다른 나라에서의 입법례와 같이 ‘보편적 서비스’(universal service)와 ‘보편적 접근(universal access)보장’이었다는 점은 이러한 객관주의 규범형식의 타당성을 증명하는 것이라고 하겠다.

‘보편적 시청권’ 개념의 입법화는 그 규범형식상의 문제점을 차치한다면 의견형성에 기초가 되는 필수적 정보를 국민 누구나 접근할 수 있는 방송정보원을 통해 제공할 수 있도록 함에 그 초점이 맞춰져 있다고 할 것이고, 이는 ‘정보의 자유’의 실현과 관련해 지상파방송을 통해 공급되어야 한다는 점에 핵심이 있다고 하겠다.

때문에 “지상파방송사들이 직접 난시청을 해소하지 않는 한 시청자 접근보장을 위해서 어떤 네트워크든 의존할 수밖에 없다”는 견해<sup>8)</sup> 혹은 지상파방송이 제공하는 프로그램 내지 방송신호를 ‘보편적 콘텐츠’라고 파악하고자 하는 견해는 설령 그것이 ‘보편적 시청보장’이라는 ‘객관주의적 규범형식’을 취한다고 하더라도 그 개념의 외연을 초월하는 것으로 수긍하기 어렵다. 때문에, ‘보편적 시청권’ 개념의 수정 내

6) 정보의 자유의 내용과 법적 성격에 관해 자세한 내용은 이 발제문 IV. 1. 이하 참조.

7) 여기서 시청자란 의사표현에 기초가 되는 정보를 공급하는 자와 수요자의 구분을 전제로 한 매스커뮤니케이션 구조에서 스스로의 의사를 형성하고, 형성된 의사를 표현하기 위해 그 기초자료인 정보를 정보공급자로부터 자유롭게 획득할 수 있는 정보수요자를 의미한다. 시청자의 헌법적 지위와 권리에 대한 이와 같은 헌법이론적 분석에 관해 보다 자세한 내용은 고민수, “방송법상 보편적 시청권 개념에 관한 비판적 고찰”, 「공법연구」 제36집 제1호(한국공법학회, 2007), 358~361면 참조. 한편, 시청자의 헌법적 지위에 대한 다른 이론적 분석으로는 김종서, “시청자 권리의 법제론적 고찰”, 「방송연구」, 1999년 여름호(방송위원회, 1999), 40-69면 참조.

8) 이와 같은 내용의 주장으로는 예컨대 황근, “플랫폼사업자 경쟁보장과 콘텐츠 권리보호 절충을”, 「신문과 방송」, 10월호(한국언론재단, 2008), 138~141면 참조.



지 확대를 주장하기 위해서는 무엇보다도 먼저 이 같은 개념적 한계를 설명할 수 있는 설득력 있는 논거가 제시되어야 할 것이다.

## (2) 통신서비스에서의 '보편성' 개념은 방송서비스에서도 타당한가?

일반적 언어사용례에 따르면 '보편성 개념'은 언제 어디서든 누구나 접근 내지 이용이 가능하다는 요소를 내포한다. 그렇기 때문에 지상파방송에 관한 '보편적 시청권 보장'에 관한 논의 역시 모든 지상파방송에 대해 국민 누구나 접근 내지 이용이 가능하여야 한다는 의미로 풀이되어 왔다.

문제는 보편성 보장이 당위적·규범적 명령이라고 한다면 그 근거를 어디서 찾을 수 있는가에 있다. 또 모든 지상파방송이 그 대상이 될 수 있는가라는 문제도 제기된다. 특히, '보편적 시청권 보장'이 국가(권력)에 의한 지상파방송사업자의 재산권에 대한 제한과 불가분의 관계에 있다면 그 정당화 근거에 대한 설득력 있는 논증은 필수불가결하다고 하겠다.

이와 관련해 통신서비스에서의 보편적 서비스의 헌법적 정당화 근거라고 할 수 있는 '사회국가원리'로부터 방송에서의 '보편적 서비스' 내지 '보편적 접근보장'도 도출될 수 있는 것이 아니냐는 주장이 제기될 수 있다고 보인다. 그런데, 이러한 주장이 타당하게 성립되기 위해서는 방송서비스에서도 통신서비스와 같이 적어도 다음의 두 가지 전제 조건 가운데 하나가 충족되어야만 한다. 첫째는, 지상파방송사업자에게만 독점적으로 '방송 사업권'이 부여되어야 한다는 것이다. 만약, 독점적 사업권을 인정하지 않는 경우라면, 다음으로는 보편적 서비스를 제공하기 위해 지상파방송사업자에게 '물적 기반'을 국가가 제공해주어야 하는 것은 물론 종합유선방송사업자를 포함한 모든 방송사업자가 보편적 서비스 제공으로 인한 손실분을 지상파방송사업자에게 보상하도록 하여야만 한다. 또한, 해당 지역에서는 다른 방송서비스가 존재하지 않아야 한다. 그렇다면, 현재 방송에서의 보편적 서비스 보장을 주장하는 관점에서 이러한 두 가지 전제조건과 관련된 논의는 존재하는가? 현재와 같이 지상파방송사업자에게 국가가 이러한 조건을 마련하여 주지 않고서 보편적 서비스 의무를 부과하고자 한다면 그 이유는 통신에서의 보편적 서비스 개념을 가지고도 설명하기 어려우며 때문에 수긍하기 어렵다고 하겠다.

### (3) 재송신의무는 '종합유선방송의 공익성 확보'와 '난시청지역 시청자의 시청료이중부담 문제'를 해결하기 위한 것인가?

우리 헌법재판소(이하 '헌재'라 한다)는 옛 「종합유선방송법」 제2조 제1호 등에 관한 헌법소원사건에서 위 제목에서의 논거에 기초해 합헌결정을 하였다.<sup>9)</sup> 그런데 이와 같은 헌재 결정의 논거에 기초해 재송신제도 확대를 주장하는 견해는 다음과 같은 헌재결정에 있어 논증상의 문제점이 동일하게 제기된다. 먼저, 종합유선방송의 공익성 확보가 방송사업권을 제한하는 공익목적이라고 보는 논증이 타당한가이다. 논증이란 이미 확증된 명제에 근거하여 어떠한 명제가 진리라는 것을 증명하는 사유의 과정이다. 그렇다면 종합유선방송사업자 등의 방송사업권을 제한하는 것이 공익에 합치되는 것을 증명하기 위해서는 종합유선방송의 공익성 확보가 무엇인지에 대한 증명이 먼저 이루어졌어야만 한다. 그러나 헌재는 이러한 논증과정을 모두 생략한 채 근거 지어야 할 대상을 바로 그 대상에 반영하는 것으로 근거 짓는 것과 같은 이른바 '선결문제요구의 오류'를 범했다는 점에서 논리적이지 못할 뿐 아니라 타당하다고 할 수 없다. 오히려, 한국방송공사와 한국교육방송공사가 행하는 지상파 방송을 종합유선방송을 통해 재송신 하도록 한 이유가 무엇이며, 그 이유가 공익으로 판단될 수 있는가에 대한 논증이 이루어졌어야 타당하다고 하겠다.

다음으로 난시청지역 시청자의 시청료이중부담 방지가 종합유선방송사업자의 방송사업권이라는 재산권에 대한 제한을 정당화하는 공익목적에 해당한다는 논증 역시 설득력을 갖기 어렵다. 왜냐하면, 당시 수신료부과처분의 근거법률인 「한국방송공사법」과 이에 위임을 받은 「한국방송공사법시행령」 제20조 제1항 제10호에서는 “방송국의 텔레비전방송중 전부 또는 일부의 시청이 불가능한 지역에 거주하는 자가 소지한 수상기는 수신료 면제대상”으로 규정하고 있었다는 점에서 난시청지역에서는 당연히 시청료부담이 없었음에도 시청료 이중부담 방지를 재송신 의무의 입법 목적을 정당화하는 공익목적으로 보았다는 점 때문이다.

따라서 재송신의무 확대와 관련된 헌재 입법논의에서 이 사건 헌재의 결정 이유를 원용하고자 하는 것은 설득력을 갖기 어렵다고 할 것이며 특히, 공영방송이 아닌 문화방송(MBC)와 SBS로 그 대상을 확대하고자 하는 논의라고 한다면 종합유선

9) 헌재결 1996. 3. 28. 92헌마200. 물론, 이 사건 결정에서의 쟁점은 새롭게 등장한 종합유선방송사업자에게 동시재송신의무를 부과하는 것이 기존 중계유선방송사업자의 직업선택의 자유와 재산권에 대해 침해인지였다. 따라서 지금 쟁점이 되고 있는 의무재송신확대의 논거와는 그 논리적 연관성이 확인되지 않으나, 동시재송신의 정당성여부에 대한 논증부분에 대해서 검토의 필요성이 제기된다는 점에서 의미를 찾을 수 있다.

방송사업자의 재산권 제한 문제뿐 아니라 해당 지상파방송사업자의 동시중계방송권이라는 재산권에 대한 제한이 된다는 점에서 또 다른 정당화 요건의 충족 즉, 정당한 보상이 요구된다는 점을 간과해서는 아니 된다.

#### **(4) 종편채널의 의무송신이 지상파방송의 의무재송신 확대를 정당화할 수 있는가?**

「방송법」 제70조 제3항에서 “종합유선방송사업자 및 위성방송사업자(이동멀티미디어방송을 행하는 위성방송사업자는 제외한다)는 대통령령이 정하는 바에 의하여 국가가 공공의 목적으로 이용할 수 있는 채널(이하 ‘공공채널’이라 한다) 및 종교의 선교목적에 지닌 채널을 두어야 한다”고 규정하면서, 이를 구체화하고 있는 같은 법 시행령 제54조 제1항에서 “종합유선방송사업자 및 일반위성방송사업자는 법 제70조 제3항의 규정에 의하여 방송통신위원회가 인정하는 공공채널과 종교의 선교목적에 지닌 채널(이하 ‘종교채널’이라 한다)을 텔레비전 방송 채널로 각각 3개 이상 두어야 한다”고 규정하고 있다. 또한, 같은 법 제70조 제1항과 같은 법 시행령 제53조에서는 방송분야의 편중을 막는다는 목적을 밝히면서, 방송통신위원회의 승인을 받은 종합편성을 행하는 방송채널사용사업자와 승인을 받은 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업자의 채널을 2개 이상 포함하도록 규정하고 있다.

물론, 이와 같은 규정들은 앞서 살펴본 바와 같이 형식상 채널구성과 운용이라는 표제하에 구성되어 있다. 그렇지만 규범구조적 내용과 그 실질적 기능은 어떠한가? 특정 방송채널사용사업자에게 안정적 재원확보를 마련해주는 수단으로 종합유선방송사업자의 재산권을 제한하고 있다고 하겠다. 바로 이러한 점에서 종편채널사업자 등에 대해 일정한 채널을 제공하도록 규정하고 있는 현행 「방송법」은 종합유선방송사업자의 재산권에 대한 제한과 그 정당성의 문제라는 관점에서 분석하는 것이 타당하지 이것을 이유로 지상파방송의 의무재송신 확대의 논거로 삼는 것은 납득하기 어렵다.

## **2) 재송신제도 개선방안의 내용과 비판적 검토**

### **(1) 의무재송신 확대 방안**

현재 재송신제도의 개선방안으로 제시되는 방안들을 살펴보면 우선, 의무재송신 제도를 확대하는 방안을 들 수 있다. 의무재송신 대상을 KBS2, MBC, SBS로 확대 하자는 것인데, 이는 다음과 같이 나누어 생각해 볼 수 있다. 우선, KBS2만을 의무

재송신 대상으로 확대하는 방안이다. 이는 「방송법」 제78조 제2항의 개정을 통해 의무재송신 대상으로 정하여도 기본권 침해 등의 문제가 없다고 생각된다. 이유는 KBS는 헌법이론상 국민에게 보장된 정보의 자유를 실현하기 위해 입법자가 조직·설치한 영조물이고, 따라서 영조물의 권리행사와 내용은 법률로써 정할 수 있는 것이기에 KBS2의 동시중계방송권을 입법자가 법률(여기서는 방송법)을 통해 제한함에 있어서 기본권침해 문제는 발생하지 않는다고 보는 까닭이다.

한편, MBC와 SBS까지 의무재송신 대상으로 확대하는 방안은 기본권침해 등 복잡한 문제가 발생한다. 왜냐하면, MBC와 SBS는 KBS와 달리 공법상의 영조물이 아닌 사인(私人)이고, 이들에게는 헌법상 보장된 재산권으로서 동시중계방송권이 보장되고 있는데, 이를 「방송법」에서 제한하는 경우 국가에 의한 사인의 재산권 침해 문제와 그 정당화 사유 등에 관한 문제가 발생하기 때문이다. 특히, 이 경우 국가가 MBC와 SBS에 대해 재산권 침해와 관련해 정당한 보상을 해주어야 한다는 문제점도 고려되어야만 한다.

이와 관련해 여기서 주목해야 할 점은 이 경우 종합유선방송사업자 대신 국가가 조세를 포함한 이른바 “공적 재원”으로 그 대가를 지불하게 되는 결과가 초래되는 점이다. 그렇다면, 위성방송사업자 혹은 IPTV사업자가 현재 지상파방송사업자에게 지불하고 있는 동시중계방송 이용허락에 대한 대가(對價) 역시 그들이 지불하지 않겠다면 또 어떻게 해결할 것인가? 이 역시 국가가 부담할 것인가? 국가가 특정사업자의 수익을 위해 대신 그 비용을 지불하는 것이 타당한가?

## (2) 재송신 동의제도 도입방안

다음으로 ‘재송신 동의제도’(retransmission consent)를 도입하자는 주장이 제기되고 있다. 이러한 주장은 현행 「방송법」에서 ‘재송신 동의제도’에 대해 명문의 규정을 두고 있지 않으며, 따라서 현재 발생하고 있는 분쟁의 해결책으로 미국에서의 입법례와 같이 ‘재송신동의제도’가 필요하다는 주장이다. 하지만, 이러한 주장은 ‘동시중계방송권’의 의의를 충분히 고려하지 않은 주장이라고 생각된다.

주지하는 바와 같이 동시중계방송은 권리자의 이용허락을 전제로 타인이 이를 이용할 수 있다. 또한, 이 같은 ‘동시중계방송권’의 행사는 ‘역외 재송신’의 경우 실질적으로 방송통신위원회의 승인을 전제로 하고 있다. 종합유선방송사업자 등이 방송통신위원회의 승인을 받지 못하는 한 지상파방송사업자의 ‘동시중계방송권’의 행

사가 실질적으로 제한되기 때문이다. 이런 이유에서 ‘동시중계방송권’이 자유롭게 행사될 수 있는 경우는 이른바 ‘역내 재송신’의 경우에 한정된다고 할 것이며, 이것은 미국에서 말하는 ‘재송신동의제도’와 일치된다고 하겠다.

요컨대, 현행 「방송법」과 「저작권법」 해석상 ‘재송신동의제도’는 이미 마련되어 있다고 할 것이며, 따라서 ‘재송신 동의제도’를 별도로 논의할 필요나 의무재송신제도와 재송신 동의제도의 절충안 등을 검토할 이유는 없다고 생각된다.

### 3) 소결

의무재송신제도는 「방송법」 제78조 제1항과 제3항에서 규정하고 있는 바와 같이 「저작권법」상 ‘동시중계방송권’과 동전의 양면관계에 있다. 「방송법」 제78조 제3항은 한국방송공사(KBS)는 본래 자신의 방송신호에 대해 ‘동시중계방송권’을 갖는데, 의무재송신으로 인해 이러한 권리행사에 제한을 받게 되는 것을 내용으로 하고 있는 까닭이다.

때문에 재송신제도를 체계적으로 이해하고자 하는 경우는 물론 「방송법」상의 의무재송신제도에 관한 입법론의 주안점은 다름 아닌 동시중계방송권과의 규범조화적 관계라고 하겠다. 왜냐하면, 동시중계방송권을 고려하지 않는 의무재송신제도의 변화는 규범상의 충돌과 갈등을 불러올 것이고 이는 법적 안정성의 훼손으로 이어질 개연성이 높은 까닭이다.

## 4. 지상파 난시청 문제, 누가 어떻게 해결해야 하나?

그렇다면, 지상파 난시청 해소의 당위적·규범적 명령은 도출될 수 있는 것인가? 있다면 어떠한 헌법 규정 또는 헌법이론에 터 잡아 그러한 권리를 도출할 수 있으며, 권리의 내용과 한계는 무엇인가?

### 1) 정보의 자유의 의의와 기본권적 성격

#### (1) 정보의 자유의 의의

매스커뮤니케이션 구조에서 수요자는 스스로의 의사를 형성하고, 형성된 의사를 표현하기 위해 그 기초자료인 정보를 정보공급자로부터 자유롭게 획득할 수 있어야

만 한다. 왜냐하면, 대중사회에서 의사형성에 필요한 정보를 획득할 수 없다면 의사 표현의 자유를 실현할 수 없는 까닭이다. ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원(情報源)’으로부터 방해받지 않고 자유롭게 정보를 수집하고, 이를 취사·선택할 수 있는 권리를 뜻하는 ‘정보의 자유’ 내지 ‘알권리’(이하 ‘정보의 자유’라 한다)를 언론의 자유의 내용 가운데 하나로 보장하고 있는 것도 바로 그러한 이유에서 이해될 수 있다.<sup>10)</sup>

‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’이라는 개념은 그 수를 예상할 수 없는 불특정 다수 혹은 공중에게 개방된 정보원을 말한다.<sup>11)</sup> 방송이 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’에 속한다는 점은 부인할 수 없는 사실이다.

## (2) 정보의 자유의 양면적 성격

독일연방헌법재판소가 “시청자는 단지 일반적으로 접근할 수 있는 정보원인 방송을 방해받지 아니하고 이용하는 정보의 자유를 주장할 수 있다”고 밝히고 있는 것과 같이 정보의 자유는 국가권력 내지 공권력에 대한 방어권으로서의 성격을 갖는다.<sup>12)</sup> 하지만, 정보의 자유가 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’의 존속을 실효성 보장의 전제로 한다는 점에서 단지 방어권으로만 평가될 수 없으며, 국가권력은 물론 공동체 구성원 모두가 존중하고 실천하여야 하는 객관적 가치질서로서의 성격 역시 부정할 수 없다.<sup>13)</sup> 이 같은 이유에서 정보의 자유는 주관적 공권으로서의 성격과 함께 객관적 가치질서로서의 양면적 성격을 갖는다고 하겠다.

정보의 자유의 양면적 성격을 인정하는 경우 정보의 자유의 ‘객관적 가치질서로서의 성격’을 갖는다는 의미는 국가 특히 입법자는 모든 국민이 접근할 수 있는 최소한의 방송정보원을 제공할 수 있는 질서를 형성하여야만 하는 책임과 의무를 진다는 점이다. 그리고 이러한 의무로부터 입법자에게 부여된 입법권의 적극적 행사를 요구할 수 있는 ‘권한에 관한 권리(Rechte auf Kompetenzen)’(이하 ‘방송질서 형성 요구권’이라 한다)가 도출된다.

10) 허영, 「한국헌법론」(박영사, 2005), 552면.

11) 허영, 앞의 책, 552면.

12) BVerfG AfP 1992.S. 368.

13) Degenhart, Bonner Kommentar zum GG, Art. 5. Rn.278.

## 2) 국가의 '최소한의 방송정보원' 제공을 위한 질서형성의무

국가는 '정보의 자유'를 실효성 있게 보장하기 위해 '최소한의 방송정보원'에 모든 국민이 접근할 수 있는 방송질서를 형성하여야만 한다. 그렇다면, 논리적으로 우선 요구되는 것은 최소한의 방송정보원이 존속하여야 한다. 문제는 최소한의 방송정보원이 무엇을 의미하는가 이다. 이와 관련해서는 독일연방헌법재판소가 이른바 "제4차 방송판결"이라고 불리우는 니더작센주 미디어법의 위헌여부와 관련한 사건에서 논증을 통해 밝힌 바와 같이 정보공급자와 수요자의 측면 그리고 정보공급자가 제공하는 정보의 내용 등이 함께 복합적으로 검토되어야 한다.<sup>14)</sup> 즉, 모든 국민이 자신의 의사를 형성함에 있어 필수불가결한 다양한 정보를 수신할 수 있도록 제공하는 정보공급자를 조직·설치·운영하는 규범질서가 형성되었는지가 판단의 기준이 된다.

이러한 관점에서 현행 방송질서에 관한 기본질서를 형성하고 있는 법률인 「방송법」을 볼 때, 입법자는 같은 법 제44조에서 "공사는 국민이 지역과 주변 여건에 관계없이 양질의 방송서비스를 제공받을 수 있도록 노력하여야 한다"고 규정함으로써 그 의무를 이행하였다고 파악할 수 있다. 바꿔 말하자면, 입법자는 수신료 이외의 경제적 부담 없이 모든 국민이 접근할 수 있는 한국방송공사를 조직·설치함으로써 그 입법형성의무를 충족시키고 있다고 하겠다.<sup>15)</sup>

여기서 입법자가 왜 한국방송공사만을 최소한의 방송정보원으로 정하였는지는 문제가 되지 않는다. 국가가 기본권의 객관적 가치질서적 성격으로부터 도출되는 의무를 이행함에 있어 입법자가 의무이행의 정도를 어떻게 어느 정도로 구체화할 것인가의 문제는 입법자의 폭 넓은 입법형성의 영역에 속하는 까닭이다.<sup>16)</sup>

14) BVerfG 73, 118ff. 독일연방재판소는 이 같은 기능을 수행하는 것을 기본적 공급의무라는 개념을 통해 설명하고 있는데, 이와 관련해 자세한 내용은 예컨대, 최우정, "인터넷기술의 발달에 따른 방송자유권의 기본권성격에 관한 고찰", 「공법연구」제33집 제1호(한국공법학회, 2004), 412면 등 참조.

15) 이로부터 수신료제도의 성격에 대한 헌법적 의의를 발견할 수 있다. 수신료제도는 정보의 자유로부터 도출되는 최소한의 방송정보원의 기능보장을 위한 재원조달 수단이라는 것이다. 수신료 제도의 의의에 관한 헌법이론적 분석으로는 예컨대, 고민수, "텔레비전 방송수신료의 합헌적 결정구조", 「방송문화」제337권(한국방송협회, 2009), 53면 이하 참조.; 전정환, "방송수신료의 헌법적 문제", 「법학연구」제17집(한국법학회, 2004), 113~142면 등 참조. 독일연방헌법재판소 역시 수신료제도에 관해 방송정책의 문제가 아니라 헌법상 방송의 자유에서 도출되는 헌법문제이며, 헌법상 방송의 자유는 국민에 대하여 기본적인 방송을 공급하는 공영방송에 대하여 그 기능에 적합한 재원조달을 보장한다는 입방을 밝히고 있다. 이에 관해 자세한 내용은 BVerfGE 90, 60ff. 참조.

16) 국가의 기본권 보호를 위한 의무이행과 관련한 다양한 논의에 관해서는 이승우, "국가의 기본권 보호 의무", 「현대공법과 개인의 권익보호: 균제 양승두교수 화갑기념논문집」(홍문사, 1994), 1165면; 정태호, "기본권 보호의무", 「인권과 정의」 제252호(대한변호사협회, 1997), 83면; 장영철, "기본권의 제3자적 효력과 기본권 보호의무", 「공법연구」제29집 제2호(한국공법학회, 2001), 155면; 표명환, "입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제", 「헌법학 연구」제11권 2호(한국헌법학회, 2005), 212면 이하 등 참조.

이와 같은 관점에서 본다면, 앞서 살펴본 바와 같이 기존의 지상파방송의 무료보편성에 관한 논의 역시 그 인식의 패러다임이 달라질 수밖에 없다. 왜냐하면, 보편성 개념이 일반적으로 이해되고 사용되는 것과 같이 언제 어디서든 누구나 접근가능하다는 요소를 갖고 있기 때문인데,<sup>17)</sup> 앞서 살펴본 바와 같이 우리 입법자는 현재 모든 지상파방송에 대해 이 같은 보편성을 실현하기 위한 방송질서를 형성하고 있지 않고 있으며 오직, 한국방송공사가 행하는 지상파방송에 대해서만 보편성을 실현시키도록 전체방송질서를 형성하고 있는 까닭이다.

### 3) 최소한의 방송정보원에의 접근보장을 위한 실질적 여건 마련과 난시청

입법자가 국민 모두가 정보획득을 위해 접근할 수 있는 최소한의 방송정보원으로서 한국방송공사를 조직·설치하였다면,<sup>18)</sup> 한국방송공사가 행하는 지상파방송과 관련해서는 방송에의 접근이 어려움을 뜻하는 난시청의 문제가 발생해서는 안 된다. 왜냐하면, 최소한의 방송정보원이라는 개념에는 모든 국민이 접근할 수 있어야 한다는 요소가 개념구성적 요소인 까닭이다. 그렇다면, 최소한의 방송정보원과 관련해 난시청 문제가 발생할 경우 이를 해결해야 할 책임은 누구에게 있는가? 한국방송공사인가? 아니면 국가인가? 또 그러한 책임은 실현되고 있는가? 있다면 그 내용은 무엇인가?

이 문제 역시 ‘정보의 자유’가 갖는 객관적 가치질서로서의 성격과 불가분의 관계 속에서 검토되어야 한다. 최소한의 방송정보원에 접근할 수 있도록 질서를 형성해야 할 의무는 단지 방송정보원을 조직하고 설치하도록 하였다고 충족되는 것이 아니며, 실질적으로 모든 국민이 그러한 방송정보원에 접근할 수 있는 수단을 마련해야 하는 실효성을 가질 수 있는 까닭이다. 물론, 입법자가 이 의무를 어떻게 이행할 것인가 하는 것은 입법자 스스로 판단할 사안이다. 단지 중요한 것은 그러한 실질적 여건을 반드시 마련하여야 한다는 점이다.

실질적 여건 마련과 관련해 산악지역이 많고 해안으로 둘러싸여 있는 지형적 조건 그리고 이른바 도심지역에서 나타나는 인위적 난시청이 문제의 원인으로 등장한

17) 종합유선방송사업자는 이 같은 폭넓은 보편성 개념에 기초해 모든 지상파방송에 대해 저작권법상 ‘공정이용의 원칙’이 적용될 수 있다고 주장한다. 이에 관한 자세한 내용과 비판적 분석에 관해서는 예컨대, 윤성욱, “무료보편성은 국민을 위한 의무, SO의 재전송 요구는 ‘무임승차’”, 「신문과 방송」10월호(한국언론재단, 2008), 134~137면 참조.

18) 한국방송공사의 법적 지위와 기능에 관해서는 예컨대, 고민수, “한국방송공사의 법적지위에 관한 고찰: 공공기관지배구조 혁신방안에 대한 비판적 분석을 중심으로”, 「방송문화연구」제18권 제1호(한국방송공사, 2006) 153~180면 참조.



다. 아울러 전파자원 이용의 가속화로 인한 전파간섭 등의 문제도 배제할 수 없는 상황 역시 제약조건이 된다.<sup>19)</sup> 이러한 지상파방송의 사실적·기술적 한계 속에서 입법자는 최소한의 방송정보원 제공을 보장하기 위한 실질적 여건을 마련하고 있는가? 마련하고 있다면 그 내용은 무엇인가?

생각건대, 입법자는 「방송법」 제78조 제1항 그리고 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」 제21조를 통해 위에서 살펴 본 실질적 여건 마련과 관련한 여러 제약조건을 극복하기 위한 수단을 마련하였다고 볼 수 있다. 종합유선방송과 위성방송 그리고 중계유선방송은 물론 인터넷 멀티미디어 방송(IPTV)을 통해 한국방송공사가 행하는 지상파 방송신호를 수신하여 그대로 동시에 재송신하도록 하는 ‘동시재송신제도’를 규정함으로써 지형적·인위적 이유로 인해 최소한의 정보원으로서 한국방송공사가 행하는 지상파방송에 접근할 수 없었던 국민들에게 접근의 수단을 마련하였다고 하겠다.<sup>20)</sup>

한편, 이른바 ‘동시재송신제도’ 내지 ‘의무재송신제도’에 대한 위와 같은 해석은 그 동안 「방송법」 제78조 제1항에 대해 “이 규정은 채널간 시청자 접근권의 차별성을 인정하는 것으로, KBS2·MBC, SBS에 대한 시청자 접근권이 KBS1·EBS에 대한 접근권과 차별화될 수 있는 근거가 불분명하다”는 문제제기에 대해서도 이른바 차별의 근거를 제시한다는 점에서 그 의의를 가질 수 있다고 할 것이며, ‘동시재송신제도’에 관한 위헌론에 대해서도 ‘법률의 합헌성추정’이라는 법률해석의 원칙에도 합치되는 해석으로 제시될 수 있다는 점 그리고 법률해석의 지침으로 제시되고 있는 ‘법률의 헌법합치적 해석원칙’과도 조화를 이룰 수 있다는 점에서 이론적 정합성과 타당성을 가질 수 있다고 생각된다.<sup>21)22)23)</sup>

19) 지상파방송의 난시청 원인과 해결의 어려움 그리고 이에 대한 해결방안에 관한 공학적 분석으로는 예컨대, 진용욱, “한국의 방송환경변화와 기술공학적 대응”, 「방송학 연구」 통권 제2호(한국방송학회, 1991), 249~259면 참조.

20) 이 같은 동시재송신제도는 종합유선방송사업자 등의 측면에서 보면 공용사용(public use)에 의한 재산권에 대한 제한을 의미하고, 따라서 우리 헌법에서 재산권 제한과 관련해 규정하고 있는 정당한 보상의 요건을 충족시켰는가라는 문제가 제기된다. 이에 관한 자세한 헌법 이론적 분석으로는 고민수, “방송법상 재송신제도에 관한 헌법적 검토”, 「헌법학 연구」 제14권 제2호(한국헌법학회, 2008), 267~274면 참조. 동시재송신제도에 대하여 이와 유사한 견해로는 이부하, “케이블텔레비전에 대한 규제 및 의무재송신 규정”, 「공법학 연구」 제9권 4호(한국비교공법학회, 2008), 221면. 한편, 이와 반대되는 견해로는 유의선·이영주, “의무재송규정에 대한 법적 해석과 그 타당성 분석”, 「한국언론학회」 제45-4호(한국언론학회, 2001), 361~388면 참조. 유의선 교수 등은 동시재송신 규정으로 인해 종합유선방송사업자는 스스로 편성한 프로그램을 전달할 기회를 박탈당하는 것이라고 주장한다. 그러나, 종합유선방송사업자에게 부여된 방송사업권이라는 재산권이 무제한의 권리가 아니며 법률에 의해 제한이 정당화될 수 있다는 점에서 설득력을 갖기 어렵다고 생각된다.

21) 이와 같은 문제제기로는 예컨대, 하주용, “지상파재송신 제도의 합리적 개선방향”, 「지상파방송 재송신 계약 문제해결을 위한 토론회 발제집」(강승규 의원실, 2009), 7면.

22) 법률의 합헌성 추정이란 국가기관이 국가작용을 할 때 원칙적으로 헌법을 존중하리라는 일반적인 추

## 5. 맺는 글

1심 판결이후 종합유선방송사업자가 또 다른 동시중계방송권 침해행위라고 할 수 있는 지상파방송사업자의 방송광고 신호를 삭제하는 행위를 추가해 계속해서 동시중계방송권을 침해하는 행위를 하겠다는 실력행사로 맞서자, 방송통신위원회가 ‘행정지도’를 통해 이를 일단 유예하도록 하였지만,<sup>24)</sup> 이로써 문제가 해결된 것은 아니라는 점은 분명하다. 다양한 재송신관련 논의가 제시되고 있는 것도 이 때문일 것이다. 하지만, 현행 법률상 발생한 법적 분쟁을 법률 개정 등의 다른 수단으로 푸는 것은 법적 안정성과 예측가능성의 측면에서 모두 문제가 있다. ‘법 앞의 평등’이라는 헌법규정에도 위반된다. 만약, 현행 법률 자체에 문제가 있고 이로 인해 다른 여하한 권리가 부당하게 침해된다면 헌법재판을 통해 그 법률의 위헌성을 따지는 것이 올바른 절차일 것이다.

재송신제도 개선에 관한 논의는 ‘미래효’(未來效) 내지 ‘장래효’(將來效)를 전제로 입법론의 차원에서 별도로 전개될 수 있음은 물론이다. 다만, 여기서 주목해야 하는 점은 우선, 헌법이론 그리고 현행 관련 법률의 규정에 비추어 볼 때, 난시청문제의 해소가 지상파방송사업자의 의무 내지 과제가 아니라는 점이다. 기술적으로도 규범적으로도 기대하기 어렵다. 오히려 이는 국가 특히, 입법자의 과제이며, 그 대상과 범위는 한국방송공사가 제공하는 지상파방송에 한한다고 보는 것이 헌법합치적 해석이라고 하겠다.

다음으로 재송신제도 특히, 의무재송신제도 개선방안에 관한 입법논의는 반드시 동시중계방송권과의 관계 속에서 종합적으로 검토되어야 한다는 점이다. 정책적 편

---

정을 받는다는 논리에 근거한 것으로 입법기관에서 제정된 법률은 원칙적으로 헌법에 합치된다고 보는 것을 의미한다. 이러한 합헌성 추정의 효과는 위헌을 다투는 경우 입증책임을 위헌을 주장하는 사람에게 부과한다는 점에 있다. 법률의 합헌성 추정에 관한 보다 자세한 내용은 허영, 앞의 책, 298면 참조. 따라서 동시재송신제도에 대한 문제제기에서 와 같이 동시재송신제도가 차별적이라는 이유로 헌법에 합치되지 않는다는 주장을 하고자 한다면 단지 차별의 근거가 없다는 주장으로서는 설득력을 가질 수 없고, 문화방송과 에스비에스가 한국방송공사와 같다는 내용 그리고 이를 차별대우하는 데 있어 정당성이 없다는 사유를 모두 밝혀야 의미 있는 주장이 될 수 있다고 하겠다.

23) 법률의 헌법합치적 해석에 관하여 자세한 내용은 예컨대, 정종섭, 「헌법학원론」(박영사, 2008), 76~77면 참조.

24) 방송통신위원회의 행위와 관련해 중재, 분쟁조정 등 다양한 표현들이 사용되고 있다. 하지만, 방송통신위원회의 행위의 법적성격을 따져보면 「방송법」 제35조의 3에 근거한 재판상 화해와 같은 효력을 갖는 분쟁의 조정 이 아니고, 행정법학상 방송통신위원회의 행위는 행정주체라는 우월적 지위에서 종합유선방송사업자의 자발적인 동의를 바탕으로 방송광고 삭제행위를 일정기간 하지 못하도록 권고한 행정작용이라는 점에서 이른바 비권력적 사실행위인 행정지도 특히, ‘조정적 행정지도’에 속한다고 하겠다. 따라서 종합유선방송사업자가 방송통신위원회의 이러한 행정지도를 거부할 경우 아무런 강제수단이 없다는 한계를 갖는다. 행정지도의 의의와 종류, 한계에 관해 보다 자세한 내용은 예컨대, 김성수, 「일반행정법」(법문사, 2008), 436~438면 등 참조.

의와 현실적인 힘의 논리에 따라 왜곡된 방향으로 흘러서는 안 되며, 체계정당성의 틀 안에서 정상적이고 합리적인 방향으로 전개되기를 기대해 본다.

또한, 동시중계방송권의 이용허락과 관련해 대가 협상이 어려울 경우 이를 해결할 수 있는 제도가 요구된다는 점은 분명하다. 권리자의 권리보호와 이용자 보호라는 목적을 동시에 실현하기 위해 생각해 볼 수 있는 방안으로는 「저작권법」 제51조를 개정해 이를 동시중계방송권까지 확대하는 방안이 우선 고려될 수 있다고 하겠다.

마지막으로 “권리 위에 잠자는 자는 보호받지 못한다”라는 오래된 법언을 되새겨 본다. 잠자다 보호받지 못한 기왕의 권리는 그렇다고 치자. 그렇다고, 아직도 그 권리가 법적으로 보장되고 있는 상황에서 뒤늦게 깨어나 앞으로는 자신의 권리를 찾겠다고 하는데, 과연 그러한 권리 찾기를 부당하다고 비난의 돌을 던질 수 있겠는가? 법을 바꿔 그 권리를 아예 박탈하자고 주장할 수 있겠는가? 적어도 우리 사회가 힘의 논리가 지배하는 사회가 아닌 공정한 사회이고 법치주의를 부정하지 않는다면 그 대답은 따로 설명을 요하지 않을 만큼 명백하다고 하겠다.

## 참고문헌

- 고민수, “지상파재송신 분쟁의 해법”, 서울신문 2009. 7.20일자, 31면.
- 고민수, “케이블방송의 지상파방송 재송신 중지 판결과 향후 과제”, 「한국여성민우회 미디어운동본부 주최 토론회 발제집」, 한국여성민우회, 2010.
- 고민수, “방송법상 재송신제도에 관한 헌법적 검토”- 재산권의 보장과 제한 그리고 한계를 중심으로, 「헌법학연구」, 제14권 제2호, 한국헌법학회, 2008.
- 고민수, “방송법상 보편적 시청권 개념에 관한 비판적 고찰”, 「공법연구」, 제36집 제1호, 한국공법학회, 2007.
- 고민수, “텔레비전 방송수신료의 합헌적 결정구조”, 「방송문화」, 제337권, 한국방송협회, 2009.
- 고민수, “한국방송공사의 법적지위에 관한 고찰: 공공기관 지배구조 혁신방안에 대한 비판적 분석을 중심으로”, 「방송문화연구」, 제18권 제1호, 한국방송공사, 2006.
- 김성수, 「일반행정법」, 법문사, 2008.

- 김중서, “시청자 권리의 법제론적 고찰”, 『방송연구』, 1999년 여름호, 방송위원회, 1999.
- 남형두, “저작권 상생의 본보기 만드는 계기가 되길”, 『저작권 문화』, 2010년 11월호, 한국저작권위원회, 2010.
- 유의선·이영주, “의무전송규정에 대한 법적 해석과 그 타당성 분석”, 『한국언론학보』, 제45-4호, 한국언론학회, 2001.
- 윤성욱, “지상파방송 재송신 쟁점과 법리적 검토: 지상파방송과 케이블방송 사업자간 갈등을 중심으로”, 『미디어 경제와 문화』, 제7-2권, sbs, 2009.
- 윤성욱, “무료보편성은 국민을 위한 의무, SO의 재전송 요구는 ‘무임승차’”, 『신문과 방송』, 10월호, 한국언론재단, 2008.
- 이부하, “케이블텔레비전에 대한 규제 및 의무재송신 규정”, 『공법학 연구』, 제9권 4호, 한국비교공법학회, 2008.
- 이승우, “국가의 기본권 보호의무”, 『현대공법과 개인의 권익보호: 균제 양승두교수 화갑기념논문집』, 홍문사, 1994.
- 장영철, “기본권의 제3자적 효력과 기본권 보호의무”, 『공법연구』, 제29집 제2호, 한국공법학회, 2001.
- 전정환, “방송수신료의 헌법적 문제”, 『법학연구』, 제17집, 한국법학회, 2004.
- 정태호, “기본권 보호의무”, 『인권과 정의』, 제252호, 대한변호사협회, 1997.
- 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2008.
- 정상조·박준석, “종합유선방송사업자의 지상파 재송신에 대한 저작권 쟁점 연구”, 『종합유선방송사업자의 지상파재송신에 대한 저작권쟁점연구 세미나 발제집』, 서울대 기술과 법센터, 2009.
- 진용욱, “한국의 방송환경변화와 기술공학적 대응”, 『방송학 연구』, 통권 제2호, 한국방송학회, 1991.
- 최우정, “인터넷기술의 발달에 따른 방송자유권의 기본권성격에 관한 고찰”, 『공법연구』, 제33집 제1호, 한국공법학회, 2004.
- 하주용, “지상파재송신 제도의 합리적 개선방향”, 『지상파방송 재송신 계약 문제 해결을 위한 토론회 발제집』, 강승규 의원실, 2009.
- 표명환, “입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제”, 『헌법학 연구』, 제11권 2호, 한국헌법학회, 2005.

- 황 근, “플랫폼사업자 경쟁보장과 콘텐츠 권리보호 절충을”, 「신문과 방송」, 10월호, 한국언론재단, 2008.
- 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2005.